

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Le acquisizioni societarie ed il rapporto di lavoro subordinato

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1656675> since 2018-01-24T08:37:17Z

Publisher:

Zanichelli Editore S.p.A.

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Capitolo Decimo

Le acquisizioni societarie ed il rapporto di lavoro subordinato

di GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La fattispecie di cui all'art. 2112 c.c.: la nozione di trasferimento – 3. (Segue): la nozione di azienda e ramo d'azienda – 4. La tutela individuale prevista per il caso di trasferimento di azienda: la continuità del rapporto – 5. (Segue): la conservazione dei diritti dei lavoratori ceduti – 6. La procedura sindacale prevista dall'art. 47, l. 428/1990 – 7. La tutela dei rappresentanti dei lavoratori – 8. La tutela previdenziale – 9. Le ipotesi di totale o parziale deroga all'art. 2112 c.c.

1. Premessa

L'art. 2112 c.c. al 1° co. stabilisce che «In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano» così sancendo che per il nostro ordinamento, come per quello comunitario, il rapporto di lavoro subordinato resta impermeabile alle modifiche soggettive che intervengono dal lato del datore di lavoro.

Occorre però chiarire subito che la fattispecie delineata all'art. 2112 c.c. non coincide con la nozione di acquisizioni societarie, essendo limitata, come letteralmente previsto dal 5° co. della norma, ai soli casi in cui «in seguito a cessione contrattuale o fusione» si verifichi quale conseguenza dell'operazione «il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro» ovvero di una «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata» «a prescindere dalla tipologia negoziale, dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto e l'affitto di azienda».

Dunque, per alcuni versi, la fattispecie giuslavoristica appare più estesa rispetto a quella trattata in precedenza, rientrandovi anche le ipotesi di mutamento nella titolarità di attività economiche organizzate senza scopo di lucro¹; per altri, invece, essa è più limitata, laddove non comprende alcuni casi tipici di acquisizione societaria, quali la cessione del pacchetto di controllo di una società.

Non solo, ma – anticipando una questione che verrà meglio svolta *infra* – occorre anche ricordare che la nozione di azienda rilevante per il

¹ Cass., 7 aprile 2010, n. 8262, in *Foro it. on line*; nonché Id., 2 agosto 2002, n. 11622, in *Impresa*, 2002, 1916.

diritto commerciale non coincide con quella che il diritto del lavoro pone al centro della disciplina specifica di cui al già richiamato art. 2112 c.c. (nonché, per gli aspetti procedurali, all'art. 47, d.lgs. 428/1990).

Pare allora opportuno in prima battuta delineare le fattispecie cui si applicano le regole dettate dal diritto del lavoro per il caso di mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata (o di parte di essa).

2. La fattispecie di cui all'art. 2112 c.c.: la nozione di trasferimento

Come anticipato, l'art. 2112 c.c. disciplina tutti i casi in cui si realizza un mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata o di parte di essa.

Ha precisato la giurisprudenza che il mutamento rilevante ai sensi della norma citata è quello che comporta una modifica nella **soggettività esterna** del datore di lavoro, così incidendo sulla soggettività giuridica dello stesso².

Sulla base di quanto precede sono stati esclusi dall'ambito di applicazione della norma i casi in cui l'acquisizione societaria avviene attraverso il **trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza**, strumento questo che comporta esclusivamente una modificazione degli assetti azionari interni della persona giuridica la quale, però, all'esterno resta immutata.

In questi casi, peraltro, resta fermo il principio dell'insensibilità del rapporto alla modifica intervenuta nel pacchetto di controllo della società che continua a rispondere di tutti i debiti contratti nei confronti dei lavoratori³.

Quanto alla nozione di **trasferimento**, certamente vi rientra ogni ipotesi in cui il mutamento, anche non definitivo, avviene a seguito di accordo tra le parti, e quindi a seguito di **contratto di cessione, affitto o usufrutto di azienda**, contratti espressamente richiamati dalla norma codicistica.

Del pari, è soggetto alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c. il caso di retrocessione dell'azienda a seguito di scadenza del contratto di affitto della medesima⁴.

Come lo stesso art. 2112 c.c. chiarisce⁵, però, la **disposizione volontaria non è più requisito essenziale** perché si abbia un trasferimento

² Cass., 18 aprile 2007, n. 9251, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, 508; nonché Id., 26 ottobre 1994, n. 10068, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1147.

³ Cass., sez. lav., 18 aprile 2007, n. 9251, in *Foro it. on line*.

⁴ Cass., 3 giugno 1998, n. 5466, in *Foro it. on line*.

⁵ Si legge nella norma «a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato».

no d'azienda: esso, infatti, può realizzarsi sia a seguito di un negozio sia di un provvedimento e, quindi, ha riconosciuto la giurisprudenza anche nei casi in cui la titolarità dell'azienda passa in mano ad un terzo in assenza di, addirittura, contro la volontà degli interessati⁶.

Così ad esempio, è soggetto alla disciplina codicistica già citata il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata conseguente ad un atto autoritativo della p.a.⁷.

Infine, rientra nella nozione di trasferimento di azienda la modifica soggettiva conseguente all'incorporazione di un'azienda in un'altra⁸.

3. (Segue): la nozione di azienda e ramo d'azienda

La questione su cui maggiormente si sono concentrati gli sforzi di dottrina e giurisprudenza, e sulla quale è ripetutamente intervenuto anche il legislatore⁹, riguarda la nozione di azienda e di ramo di azienda.

L'art. 2112, 5° co., riscritto dal legislatore nel 2003, definisce l'azienda come «un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità» ed il ramo di azienda come «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e cessionario al momento del suo trasferimento».

Affrancandosi dalla nozione utilizzata dal diritto commerciale, che all'art. 2555 c.c. identifica l'azienda come complesso di beni organizzati dall'imprenditore, l'art. 2112 focalizza l'attenzione sull'aspetto organizzativo: l'azienda ed il ramo sussistono in tanto in quanto vi sia un'organizzazione¹⁰.

In altre parole, ciò che conta ai fini della nozione giuslavoristica di azienda o ramo non è necessariamente la sussistenza e/o consistenza di eventuali beni utilizzati nell'impresa, ma il fatto che vi sia un'organizzazione in cui subentra un nuovo soggetto.

La predetta organizzazione/azienda può avere ad oggetto anche meri rapporti giuridici e quindi contratti di lavoro, quando tali rapporti sono

⁶ Cass., 6 maggio 2009, n. 10400, in *Foro it. on line*.

⁷ Cass., 30 ottobre 2009, n. 25235, in *Foro it. on line*.

⁸ Cass., 11 marzo 2010, n. 5882, in *Foro it. on line*.

⁹ La norma è stata modificata dal d.lgs. 18/2001 e poi nuovamente dall'art 32, d.lgs. 276/2003.

¹⁰ ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 2003, 49 ss., il quale a pagina 60 afferma che «l'oggetto del trasferimento non è l'organizzazione in sé considerata, come distinta dall'azienda [...]. L'organizzazione è infatti un effetto o una caratteristica di un complesso di beni o di una attività».

essenziali per lo svolgimento di una determinata attività, ed a condizione che il cessionario subentri nell'esercizio del potere direttivo ed organizzativo del cedente rispetto ai medesimi¹¹.

La nozione comunitaria

La nozione di azienda fatta propria dal diritto interno è in piena sintonia con quella comunitaria¹².

A partire dalla nota decisione *Spijkers*¹³ la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha esteso l'ambito di applicazione della direttiva 187/77 prima, e della 50/98 poi, facendovi rientrare tutti i casi in cui in ravvisava un subentro di un soggetto ad un altro nella preesistente organizzazione di beni o anche solo rapporti.

Ancora di recente la Corte di Giustizia¹⁴ ha ricordato che al fine di valutare l'esistenza di un trasferimento di azienda occorre prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività» ed ha precisato che un'entità economica può essere in grado di determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali materiali o di materiali significativi, di modo che la conservazione della sua identità, all'atto dell'operazione di cui essa è oggetto, non può, per ipotesi, dipendere dalla cessione di tali elementi.

Se le due nozioni, di ramo ed azienda, coincidono in punto «consistenza», esse differiscono non solo sotto l'aspetto quantitativo – il ramo è parte dell'azienda – ma anche dal punto di vista strutturale.

La componente dia-cronica

L'azienda, invero, ha una **componente «diacronica»** – dev'essere preesistente al trasferimento e conservare nel trasferimento l'identità preesistente – che, volutamente, il legislatore del 2003 ha escluso, fosse requisito necessario per la sussistenza del ramo di azienda (il quale

¹¹ DE LUCA TAMAJO e MARESCA, *Novità in materia di appalto e distacco: la nozione di appalto di servizi, la solidarietà tra appaltante e appaltatore, la differenza tra appalto e somministrazione, la nozione di distacco*, relazione tenuta a Milano nel novembre 2003, nonché DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'intermediazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 189 ss.; TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, in *Lav. giur.*, 2004, I, 189 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e distacco di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 189 ss.; contra ALLEVA, *Ricerca ed analisi dei punti critici del d.lgs. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 887.

¹² Per una disamina sulla nozione interna e comunitaria di azienda cfr. SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni «vincolanti» della Corte di Giustizia europea*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Napoli, 2008, 1189.

¹³ C. Giust. CE, 18 marzo 1986, C-24/85, *Spijkers*, in *Foro it.*, 1989, IV, 14.

¹⁴ C. Giust. CE, 29 luglio 2010, C-151/09, *UGT-FSP*, in <http://curia.europa.eu>.

avvece, può essere costituito al momento del trasferimento, purché, però, abbia autonomia funzionale).

Occorre, però, segnalare, che il significato della previsione legislativa è stato fortemente ridimensionato dalla giurisprudenza sia interna che comunitaria.

Al proposito la Corte di Giustizia¹⁶ ha ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/23 anche il caso in cui a seguito di trasferimento di azienda il cessionario aveva «dissolto» l'azienda acquisita nella sua preesistente struttura.

In altre parole, come ben precisato in sede di conclusioni rese nella già citata sentenza Klarenberg dall'avvocato generale Mengozzi, la conservazione dell'identità dell'entità ceduta non postula che sia mantenuta la sua «autonomia organizzativa», intesa come autonomia strutturale, bensì che sia mantenuto il nesso funzionale e finalistico esistente tra i diversi fattori trasferiti, che consente al nuovo imprenditore di utilizzare questi ultimi, seppur integrati in una diversa struttura organizzativa, al fine di svolgere una specifica attività economica.

Ben più controversa è stata, invece, la **definizione di ramo di azienda** in ordine alla quale il legislatore interno ha fatto nel giro di poco meno di due anni due interventi di segno opposto.

Il d.lgs. 18/2001¹⁶, infatti, ha per la prima volta dettato una definizione di ramo di azienda per tale intendendo l'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, **preesistente** come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

In precedenza il ramo di azienda non era espressamente richiamato dall'art. 2112 c.c. e ciò aveva consentito un'omologazione con la nozione di azienda, per cui il ramo altro non era che una parte di essa. Tanto bastava, infatti, al fine perseguito: estendere ai lavoratori interessati dalla cessione del ramo la disciplina prevista dall'art. 2112 c.c., essendo tale disciplina ritenuta garantista delle posizioni dei lavoratori.

La nozione di ramo è tornata, invece, alla ribalta, in chiave peraltro problematica, man mano che essa è divenuta lo strumento utilizzato al fine di esternalizzare parti di attività dell'azienda.

Si è assistito ad una vera e propria «fuga» dal 2112 c.c. che ha visto i singoli interessati dalla cessione di ramo contestare la fattispecie per

¹⁶ C. Giust. CE, 12 febbraio 2009, C-466/07, Klarenberg, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 212, con nota di CESTER, *Due recenti pronunzie della corte di giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda*.

¹⁷ Per un commento all'art. 2112 c.c. dopo la novella operata dal d.lgs. 18/2001 cfr. Tosi (a cura di), *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 1231 ss.

opporsi al passaggio automatico al cessionario che da essa deriva ovvero pretendere quale requisito ulteriore il consenso del lavoratore ceduto ex art. 1406 c.c.¹⁷.

Le operazioni giurisprudenziali

Dal punto di vista della fattispecie in particolare¹⁸ la giurisprudenza ha iniziato ad analizzare nello specifico le operazioni di trasferimento parziale, per escludere dall'ambito di efficacia della norma quelle **situazioni non genuine**, nelle quali l'operazione societaria rappresenta in realtà lo strumento per disfarsi di pezzi dell'impresa, ivi compresi rapporti lavorativi, non graditi.

Parallelamente si è fatta strada in giurisprudenza l'idea che il ramo d'azienda per essere considerato genuinamente tale debba consistere in un complesso di elementi produttivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività sufficientemente strutturata ed autonoma e quindi debba **preesistere al trasferimento** stesso, laddove, invece, la reale identificazione del ramo al momento della cessione veniva ritenuta in contrasto con un uso strumentale dell'art. 2112 c.c. per fini elusivi della disciplina in tema di licenziamento collettivo ovvero per fini discriminatori quali l'allontanamento di lavoratori non graditi¹⁹.

Il legislatore inizialmente ha accolto l'invito di parte della giurisprudenza e con il d.lgs. 18/2001 ha introdotto nella nozione di ramo d'azienda il requisito della **preesistenza**: l'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata deve essere preesistente al trasferimento e mantenere nel trasferimento la propria identità.

La questione restava tuttavia molto controversa sia in giurisprudenza che in dottrina²⁰, e con l'art. 32, d.lgs. 276/2003 il legislatore è tornato alla fattispecie per eliminare il requisito della preesistenza e sostituirlo con l'opposto: ai sensi dell'art. 2112, 5° co., novellato, l'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata **può essere identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento**²¹.

¹⁷ Si veda DE MOZZI, *Sul trasferimento di ramo d'azienda in frode alla legge*, in *Arg. di diritto*, 2009, 427.

¹⁸ Si tornerà *infra* sulla questione del consenso.

¹⁹ Trib. Genova, 10 settembre 1999, *ma contra* Trib. Milano, 29 settembre 1999.

²⁰ CESTER, *Trasferimento di ramo di azienda, direttive comunitarie e garanzia dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2001, 505; SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il caso non è una merce*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 1999, 351; ADAMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, 1, 839; VILLANI, *La fattispecie trasferimento d'azienda*, in *Tosi (a cura di) Mantenimento dei diritti dei lavoratori*, cit., 1233; MAGNANI, *Trasferimento d'azienda e esternalizzazioni. Le opinioni*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1999, 485; CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Dir. lav.*, 1995, 1, 50.

²¹ Per un commento mi permetto di rinviare a PACCHIANA PARRAVICINI, *Le novità in tema di trasferimento di azienda*, in MAGNANI e VARESI (a cura di), *Organizzazioni del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, 377 ss.

Anche l'art. 32 non ha messo la parola fine alle discussioni in tema di cessione di ramo di azienda.

Argomentando sulla base della direttiva comunitaria 2001/23/CE la quale, nel definire indifferentemente l'azienda ed il ramo, stabilisce che è considerato trasferimento ai sensi della predetta direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità», parte della giurisprudenza continua ad affermare che nonostante la novella del 2003 il requisito di azienda ha quale **requisito intrinseco la preesistenza** «nel senso che già prima esso deve essere identificabile e idoneo a funzionare autonomamente e deve mantenere con il trasferimento la propria identità»²² ovvero che l'autonomia del ramo postula la sua preesistenza rispetto alla cessione²³.

In senso opposto altra giurisprudenza afferma che la direttiva deve essere intesa nel senso che ciò che va conservato è l'identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, ossia l'**idoneità del complesso di beni trasferito a svolgere un'attività di produzione di beni o di servizi**: ciò rappresenta un concetto diverso dall'interpretare la direttiva come se, con il termine «conserva», fosse ribadito il requisito della preesistenza del complesso di beni rispetto al trasferimento, perché la disciplina comunitaria allude ad un'attitudine che il complesso di beni deve avere e che deve mantenere nel trasferimento, cioè ad una potenzialità e non ad una realtà preesistente. Secondo tale giurisprudenza, dunque, può ben configurarsi un trasferimento di ramo d'azienda anche quando la cessione riguardi una singola unità produttiva, un ufficio o un reparto privi di autonomia; si richiede semplicemente che detta entità presenti un'organizzazione di mezzi idonea, anche mediante successiva eventuale integrazione ad opera del cessionario, allo svolgimento della attività di impresa (...) [e che si tratti] di un'entità economica oggettivamente riconoscibile come ramo, conformemente alla identità attribuita dalle parti²⁴.

²² Così Trib. Roma, 3 marzo 2008, ove si afferma che «Ancor oggi, in base ad un'interpretazione sistematica della normativa vigente, anche alla luce delle disposizioni comunitarie, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. - come modificato dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003 - è necessario che l'articolazione funzionalmente autonoma oggetto di trasferimento preesista alla vicenda traslativa, nel senso che già prima essa deve essere identificabile e idonea a funzionare autonomamente e deve mantenere con il trasferimento la propria identità». Cfr. anche Trib. Milano, 17 giugno 2009, che si riferisce espressamente ad un'ipotesi successiva alla novella del 2003 nonché Cass., 13 ottobre 2009, n. 21697, in *Foro it.*, 2010, I, 448, che però si pronuncia su un trasferimento effettuato vigente il d.lgs. 18/2001.

²³ Cfr. Cass., 13 ottobre 2009, n. 21697, cit.

²⁴ App. Torino, 9 gennaio 2007, n. 3, nonché Trib. Torino, 17 dicembre 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1773 con nota di IMBERTI, *Il «nuovo» trasferimento di azienda tra autonomia funzionale potenziale, volontà delle parti e controllo giudiziale della fattispecie*.

L'orientamento da ultimo espresso appare condivisibile non solo perché maggiormente rispettoso del testo normativo interno, senza però privare di portata la direttiva, ma anche se si considera che la giurisprudenza costante, anche quella che richiede la preesistenza del ramo, ammette che il ramo si «dissolva» nella struttura del cessionario così perdendo la propria preesistente identità²⁵.

Se così è, se cioè appena intervenuta l'acquisizione il ramo può perdere la propria identità, allora non si vede per quale ragione tale identità debba necessariamente preesistere all'operazione societaria.

Peraltro, non pare nemmeno opportuno enfatizzare il requisito della preesistenza considerandolo l'unica tutela davvero efficace contro operazioni fraudolente.

Se, infatti, è vero che esso costringe il datore di lavoro a creare con un certo anticipo la parte da cedere «fraudolentemente», è altresì evidente che non impedisce che l'art. 2112 c.c. venga utilizzato a fini impropri, limitandosi, invece, ad allungare i tempi dell'operazione espulsiva del periodo minimo sufficiente (ed il periodo, si ricorda, non era quantificato dall'art. 2112 post decreto 18/2001) a considerare preesistente il ramo senza però impedire (né si potrebbe) che, prima o dopo, la cessione parziale e fraudolenta si verifichi²⁶.

Pare, invece, più efficace una **verifica rigorosa della fattispecie** anche se individuata al momento della cessione, al fine di accertare la **reale autonomia** dell'organizzazione ceduta.

L'identificazione
dell'acquirente

Quanto, infine, all'**identificazione dell'acquirente**, si può discutere se esso debba avere delle caratteristiche minime di affidabilità.

La scarsa giurisprudenza in merito pare lasciare totale discrezionalità alle parti, fermo restando il fatto che l'azienda o il ramo acquisiti devono consistere in un'attività economica organizzata e quindi devono avere una propria identità²⁷.

²⁵ Cass., 1° febbraio 2008, n. 2489, in *Foro it. on line*.

²⁶ Cfr. ROMEO, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo (atti delle giornate di studio di diritto del lavoro: Trento, giugno 1999)*, Milano, 2000, 99, il quale non ritiene necessario ai fini della sussistenza di un'organizzazione da cedere che la stessa preesista al trasferimento nonché DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *Id.* (a cura di), *Processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002, 10. Contra anche CESTER, *Le nuove disposizioni in materia di trasferimenti d'azienda: le modifiche all'art. 2112 c.c., 5° co., in materia di trasferimento di ramo d'azienda e le conseguenze sull'outsourcing: il requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda al momento del trasferimento*, relazione tenuta a Milano nel novembre 2003; secondo cui il requisito della preesistenza è implicito nella nozione forte di autonomia funzionale nonché LEVA, *op. cit.*, 887.

²⁷ Cass., 8 giugno 2009, n. 13171, in *Foro it. on line*; nonché Cass., sez. lav., 2 maggio 2010, n. 10108, *ibidem*, ove si legge che «Dal sistema di garanzie apprestate dalla l. 223/1991 non è possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano in atto situazioni che possano condurre agli esiti previsti dalla legge, di cedere l'azienda, ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi da rendere inevitabili quegli esiti; né un divieto del genere è desumibile dalle altre disposizioni che regolano la cessione di azienda (art. 2112, c.c.; art. 47, l. 428/1990). Conseguentemente, non è in

Peraltro, la scelta dell'acquirente può essere rilevante nella già richiamata prospettiva di verifica della legittimità dell'operazione. La giurisprudenza, infatti, comprende l'affidabilità del cessionario e la sua capacità di proseguire nell'attività organizzativa tra gli indici rivelatori di un non negozio in frode alla legge.

4. La tutela individuale prevista per il caso di trasferimento di azienda: la continuità del rapporto

Come noto l'art. 2112 c.c. sancisce al 1° co. un principio di **impermeabilità del rapporto individuale** di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda, prevedendo che il rapporto di lavoro continua automaticamente con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

La prosecuzione del rapporto avviene, cioè, quale effetto automatico che la legge collega al verificarsi della fattispecie delineata dall'art. 2112, 1° co.²⁸

Come si è anticipato, nel tentativo di evitare operazioni fraudolente si è ipotizzata la necessità che il passaggio alle dipendenze del cessionario, specie quando si trattava di trasferimento di una sola parte dell'azienda, avvenisse **previo consenso** del lavoratore ceduto.

La questione ha trovato una risposta seppure implicita con la novella operata dal d.lgs. 18/2001 il quale, prevedendo per il lavoratore ceduto la possibilità di **dimissioni per giusta causa**, ha implicitamente negato la necessità del consenso al trasferimento²⁹.

In altre parole, poiché la norma riserva alla volontà del lavoratore esclusivamente un rilievo negativo, nel senso che egli può manifestare il proprio dissenso al passaggio automatico **dimettendosi** e quindi **risolvendo** il rapporto, ciò non può che significare che egli non può pretendere di rimanere alle dipendenze dell'alienante.

Quanto precede è tanto più vero se si ricorda che ai sensi dell'art. 2112, 4° co., le dimissioni rassegnate a seguito di trasferimento di azien-

alla legge, né concluso per motivo illecito – non potendo ritenersi tale il motivo perseguito con un negozio traslativo, di addossare ad altri la titolarità di obblighi ed oneri conseguenti – il contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro. (Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva ritenuto la nullità della cessione del ramo di azienda per frode alla disciplina della legge sui licenziamenti collettivi conseguenti alla chiusura dell'insediamento produttivo ex art. 24, l. 223/1991, sulla base di accertamenti in fatto, quali, fra l'altro, il capitale assai modesto della cessionaria che non svolgeva attività di impresa e aveva tenuto comportamenti non compatibili con l'intento di continuare l'attività rilevata, cessando l'attività e venendo dichiarata fallita appena trascorso l'anno concordato dalla cedente con i sindacati in ordine alla garanzia di mantenimento dei rapporti di lavoro).

²⁸ Cass., 17 luglio 2008, n. 19740, in *Foro it. on line*.

²⁹ Cass., 8 agosto 2007, n. 17434, in *Foro it. on line*.

La giusta
causa di
dimissioni

da sono considerate per giusta causa soltanto quando il lavoratore dimostri che le sue **condizioni di lavoro sono sostanzialmente mutate** a seguito del trasferimento.

La previsione legislativa, oltre a corroborare l'idea della non necessità del consenso al passaggio, è chiaro indice del fatto che per il nostro ordinamento il passaggio alle dipendenze di altro datore di lavoro è cosa del tutto neutra, tant'è che ad esso non realizza automaticamente un'ipotesi di giusta causa di dimissioni.

Occorre a questo punto precisare che mentre il consenso non è dovuto in caso di trasferimento, esso resta, invece, necessario nelle ipotesi di **mera esternalizzazione** di servizi, ravvisandosi in quel caso un'ipotesi di cessione di contratto regolata dall'art. 1406 c.c. il quale, come noto, richiede il consenso della parte ceduta.

Al proposito la giurisprudenza ha precisato che laddove si versi in un'ipotesi di cessione di contratto, l'assenza del consenso del lavoratore al passaggio alle dipendenze di altro datore di lavoro comporta la nullità del negozio con diritto per il lavoratore di richiedere all'alienante il risarcimento del danno secondo le norme di cui agli artt. 1218 ss. c.c. e quindi senza l'applicazione dell'art. 18 St. lav.³⁰

Per concludere in ordine alla continuità automatica dei rapporti di lavoro alle dipendenze dell'acquirente occorre precisare che essa vale per **tutti i rapporti in essere al momento della cessione**, anche se temporaneamente sospesi³¹.

La regola della continuazione del rapporto viene specificata dal 4° co. dell'art. 2112 il quale precisa che il trasferimento non costituisce di per sé motivo di **licenziamento**, facendo salva la possibilità di recesso ai sensi della normativa vigente.

Il divieto
di licenzia-
mento

L'alienante, dunque, mantiene il proprio potere direttivo ed organizzativo e quindi può risolvere il rapporto di lavoro dei dipendenti, a condizione che il recesso sia giustificato da ragioni che prescindono dal trasferimento³².

³⁰ Cass., 17 luglio 2008, n. 19740, in *Foro it. on line*. Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali mi permetto di rinviare a PACCHIANA PARRAVICINI, *Trasferimento di azienda dissenso individuale: la modifica del 4° co., dell'art. 2112 c.c.*, in Tosi (a cura di), *Mantenimento dei diritti dei lavoratori*, cit., 1283.

³¹ Cass., 22 giugno 2009, n. 14583, riferito ad un'ipotesi di acquisizione di azienda che occupava una lavoratrice assente per congedo maternità. La Corte in quel caso, rilevato che il passaggio alle dipendenze dell'acquirente non costituiva un'ipotesi di licenziamento della lavoratrice, ha ritenuto applicabile anche a quel rapporto la disciplina di cui all'art. 2112 c.c.

³² Cass., 11 giugno 2008, n. 15495, in *Foro it. on line*, ove si legge che in tema di trasferimento di azienda, l'art. 2112, 4° co., c.c., nel disporre che il trasferimento non può essere di per sé ragione giustificativa di licenziamento, aggiunge che l'alienante conserva il potere di recesso attribuito dalla normativa generale; ne consegue che il trasferimento di azienda non può impedire il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sempre che questo abbia fondamento nella struttura aziendale, e non nella connessione con il trasferimento o nella finalità di agevolarlo. (Nella specie) era stata revocata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e conseguente cessazione

Ad esempio, sono state considerate legittime da una giurisprudenza peraltro non mai un po' datata, operazioni di «abbellimento» dell'azienda finalizzate ad una sua cessione³³.

Più controverso è il caso di un licenziamento di un lavoratore seguito dall'immediata riassunzione alle dipendenze dell'acquirente.

In siffatta ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto sussistere una presunzione semplice di violazione del diritto del lavoratore alla continuità del rapporto alle dipendenze dell'acquirente, presunzione che però è stata ritenuta superabile dalla prova «di una causa lecita di cessazione del rapporto di lavoro»³⁴.

Ciò premesso, una questione che può sorgere in caso di licenziamento e riassunzione di un lavoratore a seguito di un'operazione di acquisizione societaria riguarda la possibilità per l'acquirente di fruire dei benefici previdenziali previsti a favore dei datori di lavoro che assumono lavoratori disoccupati.

Al proposito occorre precisare che l'acquirente di un'azienda che assume un lavoratore già impiegato presso il cedente e da questi messo in mobilità, non può automaticamente godere dei benefici ex art. 8, l. 223/1991 pur essendo ammesso alla prova della liceità dell'intera operazione.

La giurisprudenza, infatti, ha chiarito che al riconoscimento del diritto all'indennità di cui all'art. 8, co. 4° bis, l. 223/1991, a favore dell'impresa che assume lavoratori collocati in mobilità ostano non soltanto quei rapporti – tra detta impresa e quella che abbia proceduto alla collocazione – che si concretizzino in forme di controllo e/o di collegamento espressamente regolate dall'art. 2359 c.c. (anche nel nuovo testo di cui al d.lgs. 6/2003), ma pure quei rapporti tra imprese che si traducano, sul piano fattuale, in condotte costanti e coordinate di collaborazione e di comune agire sul mercato, in ragione di un comune nucleo proprietario o di altre specifiche ragioni attestanti costanti legami di interessi anche essi comuni, che conducano ad ideare, o fare attuare, operazioni coordinate di ristrutturazione, comportanti il licenziamento da parte di un'impresa e l'assunzione di lavoratori da parte dell'altra, e che risultino influenzate oggettivamente

l'attività della banca cedente, la S.C., nell'affermare il principio su esteso, ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore da parte della cedente)» nonché Cass., sez. lav., 19 gennaio 2004, n. 741, in *Impresa*, 2004, 515 e Id., 16 maggio 2004, n. 11424, inedita.

³³ Cass., 3 febbraio 1994, n. 1091, in *Riv. giur. lav.*, 1995, II, 481; conf. Cass., 19 agosto 1995, n. 8924, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1191; Id., 9 settembre 1991, n. 9462, in *Notiz. giur. lav.*, 1992, 269; Id., 1° marzo 1985, n. 1754, *ivi*, 1986, 86. Si sottolinea, comunque, come tutta la giurisprudenza citata si riferisca a fattispecie disciplinate dall'art. 2112 vecchia formulazione. In dottrina il problema è stato affrontato, tra gli altri, da LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 152 e spec. 198 il quale afferma che «è ragionevole ritenere che non potrà esser intimato dall'alienante un licenziamento in relazione a modificazioni attinenti all'organizzazione del lavoro, mentre, ovviamente sotto quest'ultimo aspetto rimane integra la facoltà di recesso dell'acquirente».

³⁴ Cass., 16 maggio 2006, n. 11424, in *Foro it. on line*.

vamente da finalità diverse rispetto a quelle per cui sono riconosciuti i benefici previsti dal citato art. 8, co. 4° bis. Né osta alla rilevazione delle condotte elusive indicate dalla norma l'avvenuto trasferimento di azienda (con passaggio di personale dall'impresa cedente all'impresa cessionaria) ai sensi dell'art. 2112 c.c., dovendosi ritenere – anche dopo il trasferimento del personale e in presenza del consenso delle organizzazioni sindacali – sempre ammissibile la prova, pure in via presuntiva, del perseguimento di finalità estranee³⁵.

L'acquirente, invece, subentra, ovviamente per il tempo rimanente, nel diritto di godere dei benefici di cui all'art. 8, l. 223/1991 già legittimamente in capo all'alienante.

5. (Segue): la conservazione dei diritti dei lavoratori ceduti

L'art. 2112 c.c. disciplina altresì gli effetti del passaggio alle dipendenze dell'acquirente, sancendo innanzitutto un principio di **conservazione dei diritti** che derivano dal rapporto acquisito.

La responsabilità
solidale

Sul significato di tale principio sono opportune alcune precisazioni. Certamente il lavoratore conserva i **diritti di credito maturati** presso il cedente ed anzi tali diritti si rafforzano di un'ulteriore tutela atteso che l'art. 2112, 2° co., prevede la **responsabilità solidale** di alienante e acquirente per i crediti maturati in epoca anteriore al trasferimento.³⁶

Come noto, dopo la modifica della norma avvenuta ad opera della l. 428/1990, tale responsabilità è estesa a **tutti i crediti del lavoratore ceduto**, anche se non noti all'epoca dell'operazione societaria.

Al proposito la legge non ammette alcuna limitazione, per cui rientra nella tutela apprestata dal 1° co., qualunque diritto di credito vantato dal lavoratore³⁶.

Occorre, peraltro, specificare che la tutela di cui alla norma citata si applica esclusivamente ai **lavoratori transitati alle dipendenze del cessionario**, restando, invece, esclusi dallo spettro di azione dell'art. 2112 c.c. i lavoratori il cui rapporto è definitivamente ed irrimediabilmente cessato prima dell'operazione societaria³⁷, ad esempio a seguito

³⁵ Cass., 25 luglio 2008, n. 20499, in *Foro it.*, 2009, I, 1157.

³⁶ Cass., 17 luglio 2002, n. 10348, in *Foro it. on line*, riferita ad esempio a crediti maturati presso un primo datore di lavoro che aveva poi alienato l'azienda ad un secondo che a sua volta l'aveva alienata ad un terzo soggetto, chiamato a rispondere dei crediti maturati presso il primo datore di lavoro.

³⁷ Cass., 29 marzo 2010, n. 7517, in *Foro it. on line*; Id., 12 aprile 2010, n. 8641, *ibidem*; Cass., 11 giugno 2008, n. 15495, in *Notiz. giur. lav.*, 2008, 619; in cui, trattando di un'ipotesi di licenziamento con preavviso intimato prima di un trasferimento di azienda, si specifica che il preavviso di licenziamento non ha efficacia reale, bensì obbligatoria, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve

licenziamento non impugnato ovvero di rapporto soggetto alla tutela obbligatoria di cui alla l. 604/1966 (che, come noto, non prevede la reintegrazione nel posto di lavoro) ovvero ancora in caso di **dirigenti** licenziati dal cedente ai quali si applicano esclusivamente le tutele economiche previste dai rispettivi CCNL³⁸.

Il lavoratore non ha, invece, diritto a ricevere un trattamento economico normativo identico a quello di altri lavoratori già in precedenza alle dipendenze del cessionario, dal momento che l'art. 2112 c.c. mira alla tutela dei crediti già maturati dal lavoratore e al rispetto dei trattamenti in vigore, ma non ha anche la finalità di garantire l'omogeneità dei trattamenti retributivi e normativi all'interno del complesso aziendale risultante dal trasferimento³⁹.

Ciò premesso, occorre però precisare che a seguito del trasferimento d'azienda le condizioni di lavoro dei dipendenti ceduti possono cambiare.

Infatti, se da una parte è vero che ai sensi dell'art. 2112, 1° co., «In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano», del pari è vero che ai sensi del 3° co. dello stesso art. 2112 c.c. la situazione può essere modificata, anche in senso peggiorativo per i dipendenti⁴⁰, qualora il cessionario applichi un **diverso contratto collettivo**, purché di **pari livello** rispetto a quello del cedente.

L'art. 2112, 3° co., c.c., infatti, prevede che «Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello»⁴¹.

Ha precisato la giurisprudenza che in tema di trasferimento di azienda, ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa cessionaria si applica il contratto collettivo che regolava il rapporto di lavoro presso l'azienda cedente solamente nel caso in cui l'impresa cessionaria non applichi alcun contratto

tamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva. Ne consegue, sempre secondo la S.C., che, in caso di trasferimento di azienda, ove il cedente receda dal rapporto per giustificato motivo, l'effetto estintivo si produce immediatamente, senza che sia ipotizzabile il trasferimento del rapporto al cessionario.

³⁸ Cass., 18 gennaio 2007, n. 1097, in *Foro it.*, 2007, I, 2154.

³⁹ Cass., 23 dicembre 2003, n. 19681, in *Foro it. on line*, nonché Cass., 25 marzo 2009, n. 7202, in *Foro it. on line*, in un caso di trattamento differenziato stabilito dalla contrattazione aziendale.

⁴⁰ Sulla modificabilità anche *in petus* dei trattamenti economico normativi a seguito di subentro di altro contratto collettivo applicato dall'acquirente si era già pronunciata in senso favorevole la S.C. con la sentenza 8 settembre 1999, n. 9545, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 1147, con nota di LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*.

⁴¹ Per una ricognizione del significato della norma, ALLAMPRESE, *Il contratto collettivo nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 813.

collettivo; in caso contrario, la contrattazione collettiva dell'impresa cedente è **sostituita immediatamente** ed in tutto da quella applicata nell'impresa cessionaria, anche se contenga condizioni peggiorative per i lavoratori rispetto alla prima⁴².

Gli usi
aziendali

Non solo, ma la stessa giurisprudenza ha precisato che il principio di sostituzione automatica sancito dall'art. 2112, 3° co., c.c. vale anche per quelle regole che derivano dai c.d. **usi aziendali**, e quindi da comportamenti reiteratamente tenuti dal datore di lavoro nei confronti di una pluralità indistinta di suoi dipendenti⁴³.

Se così è, appare evidente che la modifica della fonte esterna (contratto collettivo o uso aziendale) ha delle ricadute sui trattamenti economico normativi applicati ai lavoratori acquisiti.

Il 3° co. appena richiamato, dunque, **rende «relativo» il principio di continuità** espresso al 1° co., nel senso che, come già visto trattando del licenziamento, l'assetto lavorativo dei dipendenti che subiscono l'avvicendamento soggettivo del datore di lavoro si conserva intatto se non subentrano valide ragioni, indipendenti dalla vicenda traslativa, che giustificano una modifica dell'assetto medesimo.

Qualora, invece, subentrino tali ragioni, quali *ex art. 2112 c.c., 3° co.* la sostituzione tra contratti collettivi di pari livello, l'assetto si modifica automaticamente.

Come già anticipato, inoltre, il principio di continuità del rapporto sancito dal 1° co. dell'art. 2112 deve essere letto alla luce del disposto del 4° co. della stessa norma, laddove è fatta salva la facoltà di recesso nei sensi delle norme vigenti.

Si deve dunque concludere che il nostro ordinamento non garantisce in assoluto la «**cristallizzazione**» dell'assetto lavorativo esistente all'epoca del trasferimento, ammettendo, invece, che, per ragioni distinte dalla vicenda traslativa, tale assetto si modifichi.

⁴² Cass., 4 febbraio 2008, n. 2609, in *Foro it. on line*. In dottrina, a favore della sostituzione automatica della regolamentazione applicata dal cessionario a quella del cedente Tosi, *La novità disciplinaria del trasferimento d'azienda. Le opinioni*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1991, 791 ss.; MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. lav.*, 2001, 590.

⁴³ Così Cass., 11 marzo 2010, n. 5882, in *Foro it. on line*, ove si legge che «l'uso aziendale è la fonte di un obbligo unilaterale di carattere collettivo del datore di lavoro, agisce sul piano dei rapporti individuali con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, sostituendo alle clausole contrattuali e a quelle collettive in vigore quelle più favorevoli dell'uso aziendale, a norma dell'art. 2077, 2° co., c.c. Ne consegue che il diritto riconosciuto dall'uso aziendale non sopravvive al trasferimento della contrattazione collettiva conseguente al trasferimento di azienda, posto che opera come una contrattazione integrativa aziendale subisce la stessa sorte dei contratti collettivi applicati dal precedente datore di lavoro e non è più applicabile presso la società cessionaria dotata di propria contrattazione integrativa. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della Corte territoriale che aveva riconosciuto ai dipendenti di una banca incorporata in altro istituto di credito il diritto al superminimo, erogato dalla società incorporata da lungo tempo, ritenendo erroneamente che la condotta avesse determinato l'esistenza di un uso aziendale e l'inserimento del diritto nel contratto individuale di lavoro)».

1. Qualora sussistano le predette ragioni, il cessionario è del tutto libero di modificare anche in senso sostanziale l'assetto lavorativo dei dipendenti ceduti, restando quale unica forma di tutela del lavoratore ceduto la facoltà di dimettersi invocando la giusta causa.

Ad esempio, il cessionario, sussistendo le ragioni tecniche, organizzative o produttive di cui all'art. 2103 c.c., è libero di trasferire fisicamente i propri dipendenti anche in sedi di lavoro ben distanti da quella in cui operavano alle dipendenze del cedente.

Il principio di continuità sancito dal 1° co. ha una valenza anche processuale.

In primo luogo in quanto esso vale a radicare la competenza territoriale del giudice ex art. 413 c.p.c., nel senso che il luogo ove è sorto il rapporto è da intendersi riferito al luogo in cui si è instaurato il rapporto con il primo datore di lavoro e quindi con il cedente⁴⁴.

Poiché, inoltre, l'acquirente dell'azienda succede a titolo particolare nei rapporti preesistenti, ne deriva che il processo continua tra le parti originarie ex art. 111 c.p.c., senza che sussista tra acquirente e cedente un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

Ovviamente, il cessionario, nei cui confronti la sentenza fa comunque lo stato, potrà impugnare la decisione resa nei confronti del cedente⁴⁵.

Sempre in merito al principio di continuità disposto dall'art. 2112, 1° co., pare opportuno segnalare che sulla base di tale principio l'Agenzia delle entrate in risposta ad un interpello ha escluso che le somme erogate dal cedente al lavoratore a seguito di transazione conseguente al passaggio all'acquirente rientrino tra quelle soggette a tassazione separata ex art. 17, 1° co., t.u.i.r., atteso che il passaggio all'acquirente non comporta risoluzione del rapporto⁴⁶.

Infine, quanto alla posizione del cessionario occorre ricordare che egli succede in tutti i rapporti giuridici del cedente, sia dal lato passivo che da quello attivo⁴⁷.

L'acquirente può, ad esempio, esercitare il potere disciplinare per fatti avvenuti prima dell'acquisto dell'azienda, ovviamente nel rispetto del principio di tempestività di cui all'art. 7 St. lav.⁴⁸.

⁴⁴ App. Torino, 15 gennaio 2008, n. 22, inedita.

⁴⁵ Cass., sez. lav., 29 novembre 2005, n. 25952, in *Foro it. on line*.

⁴⁶ Agenzia delle entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso, parere del 28 maggio 2009.

⁴⁷ Cass., 5 maggio 1995, n. 4873, in *Impresa*, 1995, 2322, in un'ipotesi di subentro del cessionario in un diritto di credito nei confronti di un lavoratore per danni da questi arrecati al cedente nell'esercizio dell'attività lavorativa nonché Cass., 27 settembre 2007, n. 20221, in *Foro it.*, 2008, I, 854, che sancisce a favore del cessionario il potere disciplinare per fatti verificatisi in epoca anteriore alla cessione. Conf. anche Cass., 11 luglio 2006, n. 15678, in *Foro it. on line*.

⁴⁸ Cass., sez. lav., 27 settembre 2007, n. 20221, in *Foro it.*, 2008, I, 854.

6. La procedura sindacale prevista dall'art. 47, l. 428/1990

L'art. 47, l. comunitaria 428/1990 ha stabilito una particolare procedura da seguire quando l'operazione societaria coinvolge aziende che occupano più di quindici dipendenti.

L'informazione preventiva

In tali ipotesi, alienante ed acquirente hanno un obbligo di **informazione preventiva** del sindacato al quale, almeno **venticinque giorni prima** che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, devono comunicare la data della data proposta del trasferimento, i motivi dell'operazione, le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori nonché le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, il contenuto della predetta comunicazione deve essere tale da porre il sindacato in grado di svolgere il proprio ruolo⁴⁹ e quindi di **controllare il corretto espletamento della procedura** ed il rispetto delle norme a tutela dei lavoratori, senza però che ciò comporti il diritto per l'organizzazione sindacale di entrare nel merito dell'operazione.

La giurisprudenza di merito⁵⁰ ha ritenuto a tal fine sufficiente la mera trasmissione alle organizzazioni sindacali del documento che riassume il progetto dell'operazione societaria ed ha precisato da una parte, che l'informazione alle organizzazioni sindacali è diretta a sottoporre il trasferimento d'azienda all'obbligo di una **verifica di legittimità sostanziale** e non solo burocratica, ma d'altra, che deve essere in ogni caso evitato il rischio che il diritto di informazione e di consultazione sindacale trascenda l'utilità che *ex lege* lo giustifica, diventando un mezzo di acquisizione anche di altre notizie non strettamente necessarie al controllo della congruità interna tra le motivazioni addotte e le specifiche cessioni oggetto della procedura⁵¹.

Infine, la giurisprudenza ha chiarito che un eventuale **vizio nell'informazione iniziale** può essere sanato nel corso della successiva consultazione sindacale.

I soggetti Obbligati ad effettuare la comunicazione sono sia l'acquirente che il cedente mentre **destinatario della comunicazione** sono le rappresentanze sindacali aziendali ed i sindacati di categoria stipulanti il contratto collettivo applicato nelle aziende interessate dal trasferimento, e quindi sia del cedente che del cessionario.

Il riferimento ai sindacati di categoria chiarisce che il contratto collettivo utile per individuare i soggetti sindacali esterni destinatari dell'informazione è quello nazionale.

⁴⁹ Cass., 9 maggio 2005, 9589, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 424. In dottrina cfr. S. LIEBMAN, *Le tutele individuali ed autotutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.* 1996, 1.

⁵⁰ Pret. Brindisi, 5 ottobre 1996.

⁵¹ Pret. Milano, 19 gennaio 1999.

⁵² Trib. Arezzo, 11 febbraio 2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 200.

Ricevuta l'informazione le organizzazioni sindacali, entro il termine di sette giorni, possono, con comunicazione scritta, chiedere l'effettuazione di un esame congiunto.

Si tratta di una mera possibilità e non di un obbligo, per cui il datore di lavoro deve limitarsi a partecipare all'incontro, se richiesto, ma non ha alcuna necessità di sollecitarlo.

La procedura si chiude con il raggiungimento di un **accordo sindacale**, o, comunque, in assenza di accordo (meramente facoltativo) nel termine di dieci giorni dal suo inizio.

Ci si può chiedere se il **regolare espletamento della procedura** incide sulla fattispecie nel senso di dare alla stessa piena legittimità, anche dal punto di vista sostanziale, con conseguente impossibilità per il giudice di sindacare il merito dell'operazione.

Al proposito non si può non ricordare che in fattispecie analoga, e cioè in caso di procedura per la dichiarazione di mobilità, la giurisprudenza consolidata ammette che il preventivo confronto sindacale esaurisce il controllo di merito sull'operazione, con ciò precludendo qualunque indagine del giudice in proposito⁶³.

Stante l'analogia di oggetto e modalità di esperimento della procedura in caso di trasferimento di azienda, si potrebbe estendere al regolare espletamento di quanto previsto dall'art. 47, l. 428/1990 le conclusioni cui si è giunti in ordine alla procedura di cui alla l. 223/1991 e quindi sostenere che il confronto sindacale, specie ove concluso con un accordo, dia all'operazione una sorta di *imprimatur* circa la sua **legittimità formale e sostanziale** che preclude un successivo controllo giudiziale.

Infine, occorre precisare che secondo alcuna giurisprudenza⁶⁴, che si ritiene di condividere, l'obbligo di informazione e consultazione sancito dall'art. 47 vale solo per quelle operazioni che derivano da **atti negoziali**, mentre, ovviamente, non si può pretendere un preventivo coinvolgi-

⁶³ Si legge in Cass., 3 marzo 2009, n. 5089, in *Foro it. on line*, che «In materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale, la l. 23 luglio 1991, n. 223, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimenti di azienda. I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale, ma la correttezza procedurale dell'operazione (ivi compresa la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso), con la conseguenza che non possono trovare ingresso, in sede giudiziaria, tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di 'effettive' esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva».

⁶⁴ Trib. Civitavecchia, 11 maggio 2000.

mento del sindacato nei casi in cui l'acquisizione societaria dipenda da **atti autoritativi**.

La condotta antisindacale

L'art. 47 chiarisce, anche se non ve ne era bisogno, che il mancato rispetto degli obblighi di informazione e consultazione costituisce **condotta antisindacale** ai sensi dell'art. 28 St. lav.

Legittimate a far valere l'illegittimità della condotta sono soltanto le organizzazioni sindacali destinatarie degli obblighi di informazione e consultazione, mentre i **singoli lavoratori** inclusi nell'operazione societaria non vantano alcun diritto al rispetto della procedura di cui all'art. 47, l. 428/1990 né, quindi, posso agire per il mancato rispetto della stessa⁵⁵.

Si tratta, come da molti evidenziato⁵⁶, di una delle due uniche ipotesi in cui il legislatore ha tipizzato la condotta rilevante ai sensi dell'art. 28 St. lav.

L'ordine di rimozione degli effetti

Come noto, l'art. 28 prevede quale conseguenza dell'accertato comportamento antisindacale un ordine del giudice avente ad oggetto la **rimozione degli effetti**.

Nel caso di trasferimento di azienda ci si è chiesti che cosa comporti tale ordine ed in particolare se esso possa **incidere sull'operazione** che ha coinvolto l'azienda o un suo ramo.

La giurisprudenza costante ritiene che l'omesso espletamento della procedura di cui all'art. 47 non incide sul negozio traslativo che resta comunque valido, non potendosi configurare l'osservanza delle suddette procedure sindacali alla stregua di presupposto di legittimità (e quindi di un requisito di validità) del negozio di trasferimento⁵⁷.

In dottrina, invece, accanto a chi⁵⁸ approva l'orientamento giurisprudenziale, vi è chi sostiene che la conseguenza della violazione degli obblighi di informazione e consultazione non possa che essere la **nullità del negozio concluso**⁵⁹.

⁵⁵ Cass., 13 ottobre 2009, n. 24093, in *Foro it. on line*, ove si legge che «In tema di trasferimento d'azienda, ove la cessione riguardi un'azienda con più di quindici dipendenti, l'art. 47, l. 428/1990 espressamente prevede, per la violazione da parte del datore di lavoro degli obblighi di informazione alle rappresentanze sindacali costituite nelle unità produttive interessate e alle associazioni di categoria nonché per la violazione dell'obbligo dell'esame congiunto, la tutela prevista per la repressione della condotta antisindacale. Ne consegue che ogni contestazione attinente al comportamento del cedente o del cessionario, che non sia improntato ai principi di correttezza e di buona fede, non può essere sollevata soltanto dalle organizzazioni sindacali contraenti, attesa la ratio, sottesa alla norma *de qua*, di tutela sociale del lavoro dipendente affidata alle organizzazioni sindacali, non rilevante che gli accordi siano stati presi nell'interesse e per la tutela dei diritti e delle aspettative dei lavoratori, né ricorrendo, nella specie, un contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.)» nonché Cass., 22 agosto 2005, n. 17072, in *Foro it. on line*.

⁵⁶ LUNARDON, *La condotta antisindacale. Aspetti sostanziali*, in CARINCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, I, *Il diritto sindacale*, Torino, 1998, 387.

⁵⁷ Cass., 6 giugno 2003, 9130, in *Impresa*, 2003, 2051, nonché Trib. Milano, 14 gennaio 2003, *Impresa*, 2003, 2051.

⁵⁸ LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. dir. lav.*, 2004, I, 216.

⁵⁹ ALLAMPRESE, *op. cit.*, 813.

Restano in ogni caso da chiedersi come si realizzi la **rimozione degli effetti** oggetto della pronuncia di cui all'art. 28 St. lav.

Secondo l'opinione consolidata in concreto il giudice può disporre la **temporanea inefficacia** del negozio traslativo in attesa del regolare espletamento della procedura *ex* art. 47⁶⁰.

7. La tutela dei rappresentanti dei lavoratori

Una questione ancora poco esplorata in giurisprudenza e, si può dire, ignorata dal legislatore nazionale, è quella della **sopravvivenza dei soggetti collettivi** rappresentanti dei lavoratori dell'azienda o ramo ceduto all'operazione societaria.

La disciplina nazionale non contiene alcuna previsione specifica in materia di soggetti, disciplina che è, invece, contenuta nell'art. 6 della direttiva CE 12 marzo 2001, n. 23, di consolidamento delle direttive 187/77 e 50/98, la quale prevede che «1. Qualora l'impresa, lo stabilimento o parte di un'impresa o di uno stabilimento **conservi la propria autonomia**, sussistono lo *status* e la funzione dei rappresentanti o della rappresentanza dei lavoratori interessati dal trasferimento, secondo le stesse modalità e alle stesse condizioni esistenti prima della data del trasferimento, previsti dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative o da accordi, a patto che siano soddisfatte le condizioni necessarie per la costituzione della rappresentanza dei lavoratori.

2. Il 1° co. non si applica se, in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative o della prassi degli Stati membri o ai termini di un accordo con i rappresentanti dei lavoratori, esistono le condizioni necessarie per la nuova designazione dei rappresentanti dei lavoratori o la nuova costituzione della rappresentanza dei lavoratori.

[...]

4. Qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia, gli Stati membri adotteranno i provvedimenti necessari per garantire che i **lavoratori trasferiti**, che erano rappresentati prima del trasferimento, **continuino ad essere adeguatamente rappresentati** per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza dei lavoratori, conformemente alla legislazione o alla prassi nazionale».

Dunque, in base alla normativa comunitaria, in caso di trasferimento di azienda il mantenimento della qualifica da parte del rappresentante sindacale dei lavoratori dell'azienda, o parte di azienda, trasferita è subordinato alla condizione che l'impresa o il suo ramo conservi **intatta la pro-**

⁶⁰ Trib. Roma, 29 dicembre 2005.

pria autonomia, laddove, invece, qualora a seguito di trasferimento, l'azienda o la sua parte ceduta venga assorbita nell'organizzazione della cedente, la normativa comunitaria impone esclusivamente agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per garantire che i **lavoratori trasferiti**, che erano rappresentati prima del trasferimento, **continuino ad essere adeguatamente rappresentati** per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza dei lavoratori, conformemente alla legislazione o alla prassi nazionale.

Il diritto comunitario pare, cioè, limitarsi a prevedere una «**copertura**» a livello di soggetti, e quindi a garantire che i lavoratori continuino ad avere una rappresentanza adeguata, senza però imporre che tale rappresentanza resti immutata dopo l'operazione societaria, qualora l'azienda o ramo ceduto si dissolva nell'azienda o ramo del cessionario.

L'ordinamento interno, invece, nulla dice al proposito dei soggetti mentre, come si è già visto, al 3° co. dell'art. 2112 c.c. disciplina la sorte dei contratti collettivi applicati dal cedente in caso di trasferimento dell'azienda, garantendo ai lavoratori trasferiti esclusivamente una «**copertura contrattuale**»: i lavoratori ceduti, infatti, avranno diritto a vedersi applicati i contratti collettivi già applicati dal cedente ovvero quelli di pari livello del cessionario, non potendo, invece, il trasferimento di azienda essere causa del venir meno della fonte contrattuale.

Stante la «vicinanza» tra i due temi – conservazione del contratto collettivo e conservazione del soggetto collettivo – si può affermare che nel silenzio dell'ordinamento interno la regola fissata dal 3° co. dell'art. 2112 c.c. per la contrattazione collettiva può essere applicata in via analogica anche ai soggetti collettivi e quindi che, così come l'art. 2112, 3° co., consente la **sostituzione automatica** tra contratti del cedente e contratti del cessionario di pari livello, altrettanto è ammissibile per i soggetti rappresentativi dei lavoratori: le rappresentanze sindacali dei lavoratori esistenti presso l'acquirente sostituiscono le rappresentanze sindacali dei lavoratori esistenti presso il cedente.

Il principio
della co-
pertura
sindacale

In altre parole, così come il nostro ordinamento impone il mantenimento dei contratti collettivi del cedente fino alla loro scadenza **soltanto se non sostituiti da altri di pari livello applicati dal cessionario** – consentendo, invece, l'effetto sostitutivo tra contratti di pari livello – altrettanto si può affermare per i soggetti sindacali: al fine di non lasciare i lavoratori ceduti privi di una rappresentanza, e quindi al fine di garantire una «**copertura**» a livello di soggetti, le rappresentanze sindacali presenti presso il cedente mantengono la loro carica soltanto se presso il cessionario non sono presenti altri rappresentanti dei lavoratori di pari livello; in caso di rappresentanze esistenti presso il cessionario, queste ultime sostituiscono le rappresentanze del cedente.

Sulla questione prospettata, l'unica pronuncia di legittimità che, a quanto conosciuta, è stata emessa, ha stabilito che «In conformità a quanto previsto nella normativa comunitaria (direttive del Consiglio CEE 77/187 e 2001/23), il trasferimento d'azienda, con il passaggio di una parte dei lavoratori alle dipendenze di un'impresa cessionaria, così come non comporta l'interruzione dei rapporti dei dipendenti «ceduti» neanche comporta di per sé l'automatica caducazione delle competenze e degli status sindacali preesistenti, i quali sono funzionali, per loro natura, alla tutela degli stessi lavoratori trasferiti»⁶¹.

Dunque, la Suprema Corte non riconoscendo un diritto assoluto di «sequela» dei soggetti collettivi e favorendo, invece, una verifica caso per caso sulla base di quanto avvenuto nell'azienda trasferita, pare avvalorare la soluzione proposta.

8. La tutela previdenziale

Poiché, come noto, la sussistenza di un rapporto di lavoro comporta l'instaurazione automatica anche di un rapporto previdenziale, occorre porsi il problema degli effetti che l'acquisizione societaria può avere sull'obbligazione contributiva ed in particolare chiedersi se il disposto di cui all'art. 2112 c.c., 2° co., in tema di solidarietà tra cedente e cessionario si estenda anche ai debiti del cedente verso gli istituti previdenziali.

Al proposito si registra in giurisprudenza una non piena uniformità di vedute⁶².

La norma è stata, infatti, interpretata dalla – scarsa – giurisprudenza della sezione lavoro della Suprema Corte nel senso di **limitare la solidarietà** tra cedente e cessionario ai soli crediti del lavoratore, con esclusione, quindi, dei crediti nei confronti degli istituti previdenziali.

Ha al proposito osservato il giudice di legittimità che in caso di trasferimento di azienda, i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del trasferimento, costituiscono debiti inerenti all'esercizio dell'azienda e restano soggetti alla disciplina dettata dall'art. 2560 c.c., senza che possa operare l'automatica estensione di responsabilità all'acquirente ex art. 2112, 2° co., c.c., sia perché la solidarietà è limitata ai soli crediti di lavoro del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, sia perché

⁶¹ Cass., 3 maggio 2003, n. 6723, in *Arch. civ.*, 2003, 865. Occorre peraltro precisare che la fattispecie decisa dalla S.C. riguardava un'operazione societaria a seguito della quale l'azienda trasferita era rimasta del tutto identica a se stessa, non essendosi integrata né dissolta in altra realtà.

⁶² In dottrina sono pochi gli Autori che hanno affrontato il tema. Per un'ampia ricostruzione delle problematiche cfr. VILLANI, *Il trasferimento di azienda. Profili di diritto del lavoro e delle previdenza sociale*, Torino, 2000.

il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l'omesso versamento dei contributi obbligatori (oltre al diritto al risarcimento dei danni nell'ipotesi prevista dall'art. 2116, 2° co., c.c.), restando estraneo al cosiddetto rapporto contributivo, che intercorre fra l'ente previdenziale e il datore di lavoro⁶³.

L'orientamento è confermato dalla giurisprudenza di merito che ha rilevato che in caso di trasferimento di azienda il rapporto di lavoro continua con il cessionario e poiché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per omesso versamento dei contributi obbligatori, restando estraneo al rapporto contributivo, la solidarietà dei debiti inerenti il trasferimento di azienda è limitata ai soli crediti da lavoro dipendente e non è estesa ai crediti degli enti previdenziali⁶⁴.

Come è evidente, le pronunce appena richiamate si fondano sul dato letterale dell'art. 2112 c.c. il quale, come visto, limita la responsabilità solidale tra cedente e cessionario ai soli crediti del lavoratore.

Dato per pacifico che il rapporto previdenziale è autonomo e diverso rispetto a quello di lavoro, tant'è che il lavoratore non è legittimato ad agire per il versamento dei contributi⁶⁵, ne discende come corollario che il credito contributivo non rientra tra quelli del lavoratore e quindi non è soggetto alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c., 2° co., c.c.

Occorre però segnalare che in passato la Corte di cassazione sezione lavoro aveva ritenuto che la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2116, 2° co., c.c., derivando dalla violazione di un obbligo specifico anziché dalla violazione del generico precetto del *neminem laedere*, ha natura contrattuale; pertanto, al diritto del lavoratore al regolare versamento dei contributi assicurativi ed al risarcimento del danno – nel caso previsto dalla disposizione citata – era stato ritenuto rientrare fra i crediti dipendenti dal lavoro prestato previsti dal 2° co. dell'art. 2112 c.c. e soggetti alla disciplina dettata da tale norma⁶⁶.

⁶³ Cass., 16 giugno 2001, n. 8179, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 836.

⁶⁴ Trib. Milano, 11 giugno 2008, nonché conforme App. Catania, 13 ottobre 2004, ove si legge: «Nel trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. i debiti contributivi, da considerarsi comunque assunti nei confronti dell'azienda, non possono gravare su un soggetto che non ha rivestito la qualifica di datore di lavoro nel periodo a cui si riferisce la contribuzione» e T.A.R. Lombardia, 10 febbraio 2001, n. 350, il quale afferma che «In caso di trasferimento di azienda per i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistente al momento del trasferimento, non opera l'automatica estensione di responsabilità dell'acquirente ex art. 2112, 2° co., c.c., sia perché la solidarietà è limitata ai soli crediti di lavoro e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, sia perché il lavoratore non ha diritto di credito verso il datore di lavoro per l'omesso versamento dei contributi obbligatori (oltre al diritto al risarcimento dei danni nell'ipotesi prevista dall'art. 2116, 2° co., c.c.), restando estraneo al cosiddetto rapporto contributivo, che intercorre fra l'ente previdenziale e il datore di lavoro (cfr. Cass., 16 giugno 2001, n. 8179, in *Foro it. on line*; Id., 3 aprile 2002, n. 4726, in *Foro it. on line*)».

⁶⁵ Cass., sez. lav., 26 maggio 2000, n. 6911, in *Foro it. on line*.

⁶⁶ Cass., 4 ottobre 1984, n. 4934, in *Mass. Foro it.*, 1984.

Ma soprattutto occorre rilevare che la III sezione civile della Suprema Corte ha ancora di recente affermato che l'art. 2112 c.c., nel regolare la sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento di azienda, trova applicazione in tutte le ipotesi in cui il cedente sostituisca a sé il cessionario senza soluzione di continuità e, pertanto, sia nel caso di restituzione dell'azienda da parte del cessionario all'originario cedente per cessazione del rapporto di affitto, sia nel caso di nuova azienda costituita dal conduttore di bene immobile con pertinenze, atteso che in ogni ipotesi di ritrasferimento, in applicazione del 2° co. della norma citata, il concedente è corresponsabile per tutti i debiti dell'affittuario verso i dipendenti correlati al rapporto di lavoro, ivi **incluso quello attinente al regolare versamento dei contributi assicurativi o al risarcimento del danno conseguente all'omessa o irregolare contribuzione**⁶⁷.

La decisione appena richiamata, che riconduce al regime di responsabilità solidale anche i crediti previdenziali, si fonda sull'idea che l'obbligazione contributiva trovi origine nel contratto di lavoro e quindi possa ricomprendersi tra i crediti del lavoratore di cui al 2° co. dell'art. 2112 c.c.

A rendere la questione ancora più complicata interviene l'art. 15, d.p.r. 1124/1965 in tema di **assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali**, il quale prescrive che nel caso di trasferimento di una azienda da un datore di lavoro ad un altro, quest'ultimo, nonostante la denuncia effettuata ai sensi dell'art. 12 è solidalmente obbligato con il primo, salvo l'eventuale diritto di regresso del nuovo datore di lavoro verso il precedente, per tutto quanto risulta dovuto all'Istituto assicuratore per premi o contributi di assicurazione e relativi interessi e per somme supplementari a titolo di penale, riferentisi all'anno in corso e ai due antecedenti.

Al proposito la Suprema Corte sezione lavoro ha ritenuto che l'art. 15, d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 deroga, nell'interesse dell'Istituto assicuratore, all'art. 2560 c.c., e quindi trova applicazione a prescindere dal fatto che tali crediti risultino o meno dai libri contabili⁶⁸.

⁶⁷ Cass., 16 aprile 2009, n. 9012, in *Foro it. on line*; conf. Cass., 20 aprile 1985, n. 2644, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 170, ove si legge che «La cessazione dell'affitto di azienda, ancorché a causa di risoluzione del contratto per inadempimento, ed il conseguente ritrasferimento dell'azienda medesima dall'affittuario al concedente, configurano una vicenda traslativa riconducibile nell'ambito della previsione dell'art. 2112 c.c., la quale comprende ogni caso in cui il medesimo complesso aziendale, quale entità unitaria di beni e rapporti giuridici, continui ad essere utilizzato in funzione dell'esercizio della stessa attività imprenditoriale, nonostante il mutamento della persona dell'imprenditore. Ne deriva che il suddetto ritrasferimento, in applicazione del 2° co. del citato art. 2112, espone il concedente a responsabilità solidale per tutti i debiti dell'affittuario verso i dipendenti correlati al rapporto di lavoro (indipendentemente dal fatto che quest'ultimo si estingua o meno con la cessazione dell'affitto, ovvero si sia già estinto durante l'affitto stesso), ivi incluso quello attinente al regolare versamento dei contributi assicurativi, od al risarcimento del danno in caso di omessa od irregolare contribuzione (anch'esso di natura contrattuale)».

⁶⁸ Cass., 29 marzo 1995, n. 3752, in *Mass. Foro it.*, 1995.

La sentenza, se da una parte non fa che confermare il dettato legislativo dell'art. 15, d.p.r. 1124/1965 in ordine ai contributi assicurativi, dall'altra, però, richiamando l'art. 2560 c.c., implicitamente corrobora la tesi per cui i debiti contributivi non rientrano nella disciplina di cui all'art. 2112 c.c.

Dunque, tentando una breve conclusione, allo stato si deve registrare una rottura, forse non consapevole, nella giurisprudenza di legittimità, divisa tra la sezione lavoro (peraltro competente a giudicare delle fattispecie *ex art. 2112 c.c.* ed orientata ad escludere i debiti contributivi dall'ambito di applicazione dell'art. 2112, salvo i debiti per i contributi all'assicurazione obbligatoria infortuni riferiti all'anno in corso ed ai due precedenti *ex art. 15, d.p.r. 1124/1965* per il solo caso di trasferimento definitivo di azienda) e le sezioni civili.

Occorre, infine, segnalare che la posizione espressa dalla già richiamata decisione 8179/2001 della Suprema Corte, sezione lavoro, se appare condivisibile alla luce della normativa italiana⁶⁹, letta nell'ottica comunitaria non risulta, invece, convincente.

La direttiva 2001/23, infatti, prevede che (art. 3, 1° co.) i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario. Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento» e poi specifica (4° co.) che «a meno che gli Stati membri non prevedano diversamente, i parr. 1° e 3 non si applicano ai diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti dei regimi complementare di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri».

Dunque, da una parte il riferimento agli obblighi che **risultano da un contratto o rapporto di lavoro**, dall'altra la previsione che la responsabilità del cedente per gli obblighi precedenti al trasferimento si aggiunga a quella del cessionario, ed infine la possibile esclusione della solidarietà per i soli regimi di previdenza complementare, autorizzano a ritenere che ai sensi della direttiva l'obbligo contributivo, originato evidentemente dall'esistenza di un rapporto di lavoro, dovrebbe passare al cessionario che ne diventa responsabile anche per il passato.

⁶⁹ La quale, come già precisato, si riferisce ai soli crediti del lavoratore, permettendo a quest'ultimo altresì di liberare il cedente, il che non sarebbe ammissibile rispetto a crediti degli enti previdenziali.

Ciò premesso e rilevato che in altra occasione la Suprema Corte ha chiarito che la disciplina posta dal 2° co. dell'art. 2112 c.c., come novellato dall'art. 47, del d.l. 29 dicembre 1990, n. 428 (di attuazione della direttiva del Consiglio CE n. 77/187 del 14 febbraio 1977), che prevede la solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti vantati dal lavoratore al momento del trasferimento d'azienda (a prescindere dalla conoscenza o conoscibilità degli stessi da parte del cessionario) deve essere interpretata in conformità della direttiva suddetta, in ragione della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale⁷⁰, si deve ritenere che l'orientamento espresso nel 2001 dalla Suprema Corte possa essere oggetto di *revirement* dalla parte della stessa Cassazione così da rendere la norma italiana conforme a quella che pare essere la previsione comunitaria.

9. Le ipotesi di totale o parziale deroga all'art. 2112 c.c.

Occorre infine dare conto di alcune situazioni in cui l'art. 2112 c.c. non si applica in tutto o in parte a operazioni di acquisizione societarie.

La prima norma che viene in considerazione al proposito è l'art. 47, l. 428/1990.

Come noto, la predetta disposizione nella sua versione originaria consentiva una deroga all'applicazione dell'art. 2112 per quelle operazioni societarie che avessero ad oggetto «aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, 5° co., lett. c), l. 12 agosto 1977, n. 675, o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata».

Previo accordo sindacale che garantisse il mantenimento anche parziale dell'occupazione, infatti, era possibile derogare all'art. 2112 c.c. lasciando i lavoratori, il cui rapporto di lavoro continuava con l'acquirente, privi di tutte o parte delle garanzie ivi previste.

La norma, poi, in coerenza con la possibilità di deroga alla garanzia di cui all'art. 2112, co. 1° e 4°, stabiliva che con accordo sindacale si potesse prevedere che il personale eccedentario rimanesse, in tutto o in parte, alle dipendenze del cedente, con diritto di precedenza nelle assunzioni che il cessionario effettuasse entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi.

Precisava, infine, la norma che nei confronti dei lavoratori inizialmente rimasti presso il cedente e poi passati al cessionario, non trovava applicazione l'art. 2112 c.c.

⁷⁰ Cass., 19 dicembre 1997, n. 12899, in *Foro it.*, 1999, I, 273.

La giurisprudenza nazionale aveva interpretato l'art. 47, 5° co., nel senso che esso consentiva **modificazioni peggiorative** del trattamento dei lavoratori, in deroga all'art. 2112 c.c., allo scopo di **salvaguardare le opportunità occupazionali**, quando fosse trasferita l'azienda di un'impresa insolvente, purché — ferma restando la continuazione dei rapporti di lavoro — il potere modificativo dell'imprenditore cessionario fosse esercitato nei modi e nei limiti di cui ai principi dell'ordinamento interno, e quindi non in maniera unilaterale ma solo sulla base di un nuovo e regolare contratto, collettivo o individuale⁷¹.

La norma interna è stata, però, ritenuta dalla Corte di Giustizia⁷² in contrasto con l'art. 5, direttiva CE 23/2001, che consente di derogare alle norme stabilite dagli artt. 3 e 4 della direttiva, e quindi al subentro del cessionario nei diritti e obblighi del cedente ed alla continuazione automatica dei rapporti, solo in ipotesi tassative fissate dallo stesso art. 5, che la stessa Corte aveva in passato ritenuto da intendersi in senso restrittivo.

In particolare, l'art. 5 par. 1 prevede che, salva diversa disposizione degli Stati membri, le garanzie di cui agli artt. 3 e 4 non si applichino ai casi di trasferimento di imprese oggetto di procedura fallimentare o altra procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni e che si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica competente.

Già in passato la Corte di Giustizia⁷³ aveva precisato che tale ipotesi non correva nel caso di impresa dichiarata in stato di crisi, sia perché tale stato presuppone una liquidazione dei beni, ma anzi una situazione che si preveva destinata alla ripresa dell'attività produttiva e quindi occupazionale, sia perché tale procedura non si svolge sotto il controllo di un'autorità pubblica a ciò competente nel senso «forte» voluto dalla direttiva.

Il par. 2 dell'art. 5, invece, consente agli Stati membri, nel caso di trasferimento di imprese in corso di procedura di insolvenza e a condizione che la procedura si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica: a) di derogare all'art. 3 par. 1 (e quindi all'automatico trasferimento al cessionario degli obblighi gravanti sul cedente) purché al lavoratore sia comunque garantita un protezione equivalente a quella prevista dalla Direttiva CE del Consiglio 80/987 (in materia di insolvenza del datore di lavoro) e/o b) di prevedere che cedente, cessionario e parti sociali possano convenire modifiche alle condizioni di lavoro finalizzate a salvaguardare l'occupazione.

⁷¹ Cass., 5 marzo 2008, n. 5929, in *Foro it. on line*.

⁷² C. Giust. CE, 11 giugno 2009, C-561/07, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 212, con nota di Cesare G. B. in *recenti pronunzie della corte di giustizia*, cit.

⁷³ C. Giust. CE, 25 luglio 1991, C-362/89, *D'Urso*, in *Dir. lav.*, 1991, II, 329 e *Id.*, 7 dicembre 1995, C-472/93, *Spano*, in *Foro it.*, 1996, IV, 205 con nota di Cosio, *La sentenza della Corte di Giustizia del 7 dicembre 1995, causa 472/93: effetti sull'ordinamento interno*.

⁷⁴ C. Giust. CE, 25 luglio 1991, C-362/89, *D'Urso*, cit. e C. Giust. CE, 7 dicembre 1995, *Spano*, cit.

Infine, il par. 3 dell'art. 5 consente agli Stati membri di derogare all'art. 3, par. 1, come già previsto dal par. 2, anche quando il cedente si trovi in una situazione di grave crisi economica definita dal diritto nazionale, dichiarata da una pubblica autorità competente nonché aperta al controllo giudiziario, a condizione che la norma interna sia già vigente al 17 luglio 1998.

Riprendendo le argomentazioni già svolte in precedenza, la Corte di Giustizia nel 2009 ha ribadito che le ipotesi di azienda dichiarata in **stato di crisi** non rientrano tra quelle per le quali sussiste la deroga automatica di cui all'art. 5, par. 1 della direttiva ma nemmeno tra le ipotesi di deroga parziale di cui al par. 2 ovvero di cui al par. 3, che da molti era invece ritenuta norma scritta proprio per salvare l'art. 47, 5° co., l. 428/1990.

Ha, infatti, precisato la Corte che l'art. 47 non introduce delle deroghe alle tutele stabilite dall'art. 3 della direttiva bensì priva *tout court* i lavoratori di un'azienda di cui è stato accertato lo stato di crisi delle tutele in tema di mantenimento delle condizioni di lavoro e passaggio alle dipendenze del cessionario, così ponendosi fuori dell'ambito di applicazione della previsione normativa.

Il legislatore italiano, a pochi mesi di distanza dalla sentenza, è intervenuto sull'art. 47 che ha modificato con l'art. 19 quater, l. 166/2009, aggiungendovi un co. 4° bis e modificando il 5° co.

In particolare, il legislatore nazionale ha distinto l'ipotesi di trasferimento di azienda di cui sia stato dichiarato lo **stato di crisi**, attualmente disciplinata dal co. 4° bis, dall'ipotesi di trasferimento di imprese dichiarate fallite ovvero ammesse al concordato preventivo con cessione dei beni, ovvero ancora in liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria.

Per le seconde, resta fermo quanto già sancito dall'art. 47, 5° co., e quindi la non applicazione delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. a condizione che la prosecuzione dell'attività non sia stata disposta ovvero sia cessata e nel corso della procedura sia stato raggiunto un accordo finalizzato alla salvaguardia anche solo parziale dell'occupazione.

Per il caso di trasferimento di imprese di cui sia stato dichiarato lo **stato di crisi** nonché per le ipotesi di imprese ammesse all'amministrazione straordinaria se l'attività è continuata o non è cessata, il neo introdotto co. 4° bis prevede, in caso di accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, la non applicazione dell'art. 2112 c.c. «nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo».

Come è stato correttamente osservato⁷⁵, il neo introdotto co. 4° bis appare troppo generico per ritenere definitivamente e positivamente risolta la questione.

⁷⁵ CESTER, *Due recenti pronunzie della corte di giustizia*, cit., 212.

Innanzitutto, perché il limite alla possibilità di deroga alle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. («nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo») è talmente indeterminato da risultare di fatto insussistente.

In secondo luogo perché il richiamo ad un accordo che preveda il mantenimento **anche parziale** dell'occupazione può essere interpretato come l'autorizzazione a derogare tramite accordo sindacale alla tutela stabilita dall'art. 4 della direttiva, autorizzazione che la Corte ha già ritenuto, forse in maniera un po' troppo formalistica⁷⁶, in violazione dell'art. 5.1 della direttiva medesima.

Accanto alla disciplina prevista dall'art. 47, l. 428/1990, occorre poi ricordare quanto disposto dalla **legge fallimentare** in tema di vendita di imprese fallite.

L'art. 105
l. fall.

L'art. 105, 3° co., in particolare, prevede che nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il **trasferimento solo parziale dei lavoratori** alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti.

La norma prevede altresì al 4° co. che, salva diversa convenzione, è esclusa la **responsabilità dell'acquirente** per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento.

Nuovamente ci si può interrogare sulla compatibilità della disciplina interna rispetto alla direttiva comunitaria.

Ricordato che la direttiva consente deroghe alle tutele di cui agli artt. 3 e 4 solo per il caso di impresa soggetta a procedura con finalità liquidatoria, non si può non rilevare come lo stesso art. 105 distingua espressamente la liquidazione dei singoli beni dal caso (preferito) di vendita dell'intero complesso o di ramo dello stesso.

In questa seconda ipotesi la previsione di cui ai co. 3° e 4° dell'art. 105 appare invero contraria ai principi comunitari autorizzando una deroga alle garanzie sancite dalla direttiva 23/2001 per un'ipotesi (vendita dell'intero complesso o di un ramo) che la stessa norma riconosce essere distinta da quella liquidatoria.

La liquidazione
coatta
amministrativa

Infine, occorre ricordare che, difformemente da quanto previsto dal co. dell'art. 2112 c.c., l'art. 90, d.lgs. 385/1993 in tema di **liquidazione coatta amministrativa** prevede che, in caso di cessione di azienda, il cessionario risponde delle sole passività **risultanti dallo stato passivo**.

Ha spiegato la giurisprudenza che il limite alla responsabilità stabilito dal co. dell'art. 90 risponde all'esigenza di salvaguardare l'occupazione.

⁷⁶ INGLESE, *Il trasferimento di azienda in crisi di nuovo al vaglio della corte di giustizia*, *Arg. dir. lav.*, 2009, 1348.

caso di crisi dell'impresa, agevolandone l'acquisto attraverso la tutela del diritto dell'acquirente di conoscere con certezza lo stato patrimoniale dell'impresa medesima attraverso il risultato di una procedura pubblica⁷⁷.

Sulla base di quanto precede, la giurisprudenza ha precisato che il credito dei lavoratori dipendenti avente ad oggetto il trattamento di fine rapporto, maturato fino al momento della cessione può essere fatto valere in giudizio contro l'istituto cessionario solo se lo stesso credito risulti dallo stato passivo⁷⁸.

⁷⁷ Cass., 23 novembre 2009, n. 24635, in *Foro it. on line*; nonché Cass., 2 marzo 2005, n. 4372, *ibidem*.

⁷⁸ Cass., 23 novembre 2009, n. 24635, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1350.